

ONTARIO ATTORNEY GENERAL LAW LIBRARY



00069714

ELECTRONIC SIGNATURE REGULATION

"FOR CONSULTATION PURPOSES ONLY"

NOVEMBER 2014

KF
390.5
C6
G74
2014
c.1

KF Gregory, John D.
390.5 Electronic signature regulation
C6
G74
2014
c.1

80069714

KF Gregory, John D.
390.5 Electronic signature regulation
C6
G74
2014
c.1

MINISTRY OF THE
ATTORNEY GENERAL
LAW LIBRARY

ELECTRONIC SIGNATURE REGULATION

“FOR CONSULTATION PURPOSES ONLY”

NOVEMBER 2014



Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
Ontario Council of University Libraries

https://archive.org/details/mag_00069714

ELECTRONIC SIGNATURE REGULATION

FOR CONSULTATION PURPOSES ONLY

NOVEMBER 2014

Background

Ontario's legislation removing legal barriers to the use of electronic communications is the *Electronic Commerce Act, 2000* (ECA). The ECA was based on the Uniform Electronic Commerce Act (UECA), which in turn was based on the United Nations Model Law on Electronic Commerce.

The ECA and the UECA allow a legal signature requirement to be satisfied by an electronic signature. An electronic signature is defined as information in electronic form applied to, or associated with, a document in order to sign it.

There are no standards of reliability or security for e-signatures in the statute. Just as with handwritten signatures, it is up to the person relying on them to decide if they are sufficiently reliable.

However, the ECA allows the Lieutenant Governor in Council to make regulations about e-signatures for particular uses, specifying security or other rules. No such regulation has been made since the ECA was adopted in 2000.

The ECA and the UECA excluded from their application transactions for the transfer of land, if the transfer would need to be registered. The principle was that it might be risky to allow people to create their own electronic documents; they might expose themselves to fraud, especially if what they created was not acceptable for registration in the land titles system. Low-value transfers that did not need registration, such as short-term leases (for example, the rental of a cottage for a week) were covered by the ECA.

Since the ECA was adopted, Ontario's electronic land title registration system has been expanded to cover the whole province. In that system, parties' transactional documents, such as agreements of purchase and sale, are not registered. Also, people have become increasingly comfortable with electronic documents in all areas of life.

As a result, the Legislature repealed the land transfer exception to the ECA in the Budget Measures bill of 2013. Several provinces have followed a similar path; others had already included land transactions in their equivalent legislation.

The current issue for consultation

The regulators of lawyers and real estate agents, while supportive of the general use of electronic communications, have expressed concern that such a use should not increase opportunities for real estate fraud. They have expressed a desire for a regulation to govern these signatures.

Specifically, they have asked that any e-signature system to be authorized under the *Electronic Commerce Act* for agreements of purchase and sale of land in Ontario should have these characteristics:

- Verification: Any transfer of an interest in land should only take place on a system capable of providing verification and authentication of the signature that clearly identifies it with the person who executes the document. Currently, this is done through password systems and redundancy processes including confirmation through voice mail and email.
- Audit trail: The regulation should stipulate that all electronic signed documents include some form of audit trail (e.g. using metadata) to enable an auditor to reconstruct who sent what communication related to a transaction, and when.
- Access to information: The regulation should stipulate that any system used to facilitate electronic signatures of real estate documents must expressly enable regulatory and law enforcement agencies to have access to information relevant to a transaction and required to investigate fraud.
- Retention: The regulation should stipulate a minimum duration for which a system for electronic signature on real estate documents must store such documents and associated metadata. To avoid deletion in the face of a fraud investigation, such a retention protocol must not be capable of being overridden.

The power to make regulations for this purpose is stated in the ECA as follows:

Other requirements

s. 11 (4) If the document is prescribed for the purposes of this subsection or belongs to a class prescribed for those purposes, the legal requirement [that a document be signed] is satisfied only if,

- (a) the electronic signature meets the prescribed requirements, if any, as to method;
and
- (b) the electronic signature meets the prescribed information technology standards, if any.

In other words, the government may make a regulation about the method to be used in e-signing and state standards for the technology involved.

The following text could be included in a potential regulation under the E-Commerce Act that aims at satisfying those concerns, to the extent possible in a regulation under the authority stated above. Comments and points for discussion follow the text of the regulation, which has been informally prepared for the purpose of obtaining this input.

Draft Regulation

1. For the purpose of subsection 11(4) of the Act, the following class of documents is prescribed: agreements of purchase and sale of land in Ontario.
2. A legal requirement that a document of the prescribed class be signed is satisfied by an electronic signature only if the method of signature used:
 - a. Is reliable for the purpose of identifying the person who signs;
 - b. Ensures that the electronic signature is permanent and cannot be removed from the signed document; and
 - c. Is accessible so as to be usable for subsequent reference by any person who is entitled to have access to the document or who is authorized to require its production.

Should Ontario adopt a regulation to support the reliability of electronic signatures on agreements of purchase and sale of land, and if so, is the text above an appropriate regulation?

Points for discussion

- The Act permits a regulation to be made only about the method of electronic signature. It does not authorize a requirement to create a reliable document workflow, management or retention system.

- Is it reasonable for the regulation to require a signature and document system that is more resistant to fraud, or more subject to audit and retention, than the paper documents now used?
- There is, at present, no generally agreed method of identifying people or of authenticating their assertions of identity. A number of systems can be established for particular transactions or among particular parties. It may be that none of these are suitable to be prescribed by regulation, as none will be equally relevant to all transactions.
- Audits are likely to focus on the electronic document and not on the electronic signature as such. The electronic signature is only one way of authenticating the source of an electronic document. The authentication of an electronic document depends on the reliability of the electronic record system in which it is contained or the underlying electronic information (metadata) it contains. The Act does not authorize a regulation about electronic record systems. The Ministry understands that it is very hard in practice to destroy an electronic document beyond recovery.
- The regulation-making authority of the Act does not extend to a regulation on the method of electronic signatures that deals with access to signed documents. However, the Act says that meeting a writing requirement in law requires an electronic document that is 'accessible so as to be usable for subsequent reference'.
- The regulation-making authority of the Act does not extend to a regulation on the retention of signed documents. However, the Act contains at least two relevant provisions on this point:
 - If the law requires information to be 'provided' to a person, then the information in electronic form must be provided in a manner that permits it to be stored or printed. Thus, it can be retained in a manner out of the control of the person providing it, and to some extent safe from inappropriate alteration or deletion. s. 7(1)(c), s. 9 and s. 10.
 - The Act requires electronic documents to be retained for the same period as corresponding paper documents. s. 12.

- There is a risk that making the validity of an electronically signed land transfer document depend on compliance with these requirements will create uncertainty about the enforceability of transactions where none would otherwise exist.
 - While the requirements would be set out as clearly as possible, they are all matters of degree that could be challenged by someone with an interest in invalidating the transaction, such as creditors of the parties.
 - The provisions are essentially a reinforcement of the *Statute of Frauds*, since they are designed to prescribe how one may satisfy that Statute electronically. Three provinces have repealed their *Statute of Frauds* as inappropriately restrictive. The Ontario Law Reform Commission recommended the repeal of Ontario's *Statute of Frauds*' rule on land transfers as long ago as 1987 (Report on Amendment of the Law of Contract pp 103 – 109).
- The impact of the regulation, and the attendant risk of unexpected invalidity, will be greatest on parties to transactions who are not supported by real estate agents or lawyers. The regulators of these professionals can make it clear what their members should look for, and insist on, in creating electronic documents. These will be additions to the existing set of rules, some provincial and some federal, requiring proper identification of parties and retention of records. (Many of these rules apply as well to financial institutions that would be involved in transactions.) While transacting parties who are unrepresented at the time of the transaction may be more exposed to the risk of fraud, they are also more exposed to the risk of unintentional invalidity if the regulatory requirements are too great or simply overlooked.
- It may be desirable to add to the draft regulation a provision like that of the United Nations Electronic Communications Convention of 2005, allowing for the validity of an electronic signature that has been shown to be reliable in fact, even if it does not meet the technical rules of reliability in the regulation. This would protect less well-advised users from invalidity of a document on technical grounds, despite there being no question in practice of the identity or intention of its apparent signers.
- It is possible that the e-signature could be 'removed' – just as a paper signature can be erased or severed – but then the record of the transaction is not complete. See the points above about subsequent reference and retention. The signature can be a separate 'file' from the signed document, so long as they are logically associated so you do not get one without the other.

- The Law Society has expressed hope that an electronic signature system should produce evidence of the transaction, or the attribution, that is indestructible, to help their investigations and prosecutions. That may be a higher degree of certainty than paper documents offer.
- Is there a risk that requiring an e-signature with these criteria will add costs to transactions that might unduly discourage the use of electronic communications, or lead to the capture of the market by monopoly service providers?

Note

Any comments submitted to the Ministry will be considered to be in the public domain and may be published by the Ministry or released under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*.

Contact

Comments should be submitted to the Justice Policy Development Branch, Ministry of the Attorney General, 7th floor, 720 Bay Street, Toronto ON M7A 2S9, attention John D. Gregory, General Counsel, or by email to john.d.gregory@ontario.ca. Questions may also be addressed to him at (416) 326-2503.

Comments are requested before December 31, 2014

RÈGLEMENT SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

“À DES FINS DE CONSULTATION UNIQUEMENT”

NOVEMBRE 2014

RÈGLEMENT SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

À DES FINS DE CONSULTATION UNIQUEMENT

NOVEMBRE 2014

Contexte

La loi ontarienne qui élimine les obstacles juridiques à l'utilisation de communications électroniques est la *Loi de 2000 sur le commerce électronique* (LCE). La LCE se fondait sur la Loi uniforme sur le commerce électronique (LUCE), qui elle-même se fondait sur la *Loi type des Nations unies sur le commerce électronique*.

La LCE et la LUCE prévoient qu'une signature électronique respecte l'exigence de signature juridique. « signature électronique » s'entend des renseignements sous une forme électronique qu'une personne crée ou adopte pour signer un document.

Il n'existe pas de normes de fiabilité ou de sécurité pour des signatures électroniques dans la loi. Comme pour les signatures manuscrites, il revient à la personne qui leur fait confiance de décider si elles sont suffisamment fiables.

Toutefois, la LCE autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à prendre des règlements relatifs aux signatures électroniques pour certaines utilisations, afin d'énoncer des règles en matière de sécurité ou d'autres règles. Aucun règlement à cette fin n'a été pris depuis l'adoption de la LCE en 2000.

La LCE et la LUCE prévoyaient une exception pour les documents qui créent ou transfèrent des droits sur des biens-fonds et qui doivent être enregistrés pour produire des effets à l'encontre de tiers. En effet, il pourrait être risqué d'autoriser les gens à créer leurs propres documents électroniques; ils pourraient s'exposer à des activités frauduleuses, surtout si les documents qu'ils ont créés n'ont pas été acceptés aux fins de l'enregistrement dans le système d'enregistrement des droits immobiliers. Les transferts de biens-fonds de faible valeur qui ne nécessitent pas un enregistrement, comme des baux à court terme (par exemple, la location d'un chalet pour une semaine), étaient couverts par la LCE.

Depuis l'adoption de la LCE, le système électronique d'enregistrement des droits immobiliers de l'Ontario a été élargi pour couvrir toute la province. Dans ce système, les documents de transactions entre des parties, comme des conventions de vente, ne sont pas enregistrés. D'une manière générale, les gens acceptent de plus en plus des documents électroniques dans tous les domaines de la vie quotidienne.

En conséquence, l'Assemblée législative a abrogé l'exception relative aux transferts de biens-fonds prévue dans la LCE, dans le projet de loi sur les mesures budgétaires de 2013. Plusieurs provinces ont suivi la même voie; d'autres avaient déjà inclus les transactions immobilières dans leurs lois équivalentes.

La question qui fait l'objet des consultations

Les organes de réglementation des professions d'avocat et d'agent immobilier, bien que favorables à l'utilisation générale des communications électroniques, craignent que l'utilisation de communications électroniques n'augmente les risques de fraude en matière immobilière. Ils ont exprimé leur désir qu'un règlement soit pris pour régir les signatures électroniques.

Plus précisément, ils ont demandé que les règles suivantes s'appliquent à tout système de signature électronique qui sera autorisé en vertu de la *Loi sur le commerce électronique* pour des conventions de vente de bien-fonds en Ontario :

- Vérification : Tout transfert d'un droit sur un bien-fonds ne devrait avoir lieu que dans le cadre d'un système capable de vérifier et d'authentifier la signature qui l'identifie clairement à la personne qui signe le document. À l'heure actuelle, cette vérification se fait par l'entremise d'un système de mots de passe et de démarches redondantes, y compris la confirmation par boîte vocale et courriel.
- Piste de vérification : Le règlement devrait stipuler que tous les documents signés électroniquement doivent inclure une forme quelconque de piste de vérification (p. ex., en utilisant des métadonnées), dans le but de permettre à un vérificateur de retrouver qui a envoyé la communication liée à une transaction et quand.
- Accès à l'information : Le règlement devrait préciser que tout système utilisé pour faciliter la signature électronique de documents immobiliers doit expressément permettre aux organes de réglementation et aux organismes d'application de la loi d'avoir accès à des renseignements concernant une transaction et nécessaires dans le cadre d'une enquête sur des activités frauduleuses.
- Conservation de documents : Le règlement devrait prévoir une durée minimale de conservation des documents de transfert de biens-fonds portant une signature électronique et des métadonnées associées. Afin d'éviter que des documents soient effacés dans le cas d'une enquête sur des activités frauduleuses, le protocole de conservation des documents ne doit pas pouvoir être contourné.

Le pouvoir de prendre des règlements à cette fin est énoncé dans la LCE en ces termes :

Autres exigences

s. 11 (4) Si le document est prescrit pour l'application du présent paragraphe ou entre dans une catégorie prescrite pour l'application de ce même paragraphe, l'exigence légale n'est respectée que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la signature électronique satisfait aux exigences prescrites, le cas échéant, relativement au mode de signature;
- b) la signature électronique satisfait aux normes prescrites, le cas échéant, relativement aux technologies de l'information.

En d'autres termes, le gouvernement peut prendre un règlement sur le mode de signature qui doit être suivi pour utiliser une signature électronique et énoncer des normes pour la technologie appliquée.

Le texte suivant pourrait être inclus dans un règlement potentiel pris en vertu de la *Loi sur le commerce électronique*, visant à répondre aux préoccupations exprimées, dans la mesure du possible dans le cadre d'un règlement pris en vertu de cette loi. Des commentaires et points de discussion suivent le texte du règlement, qui a été préparé de façon informelle aux fins d'obtenir ces commentaires.

Projet de règlement

1. Aux fins du paragraphe 11 (4) de la Loi, la catégorie suivante de documents est prescrite : conventions de vente de bien-fonds en Ontario.
2. L'exigence légale qu'un document appartenant à la catégorie prescrite soit signé n'est respectée par une signature électronique que si le mode de signature utilisé :
 - a. est fiable aux fins de l'identification de la personne qui signe;
 - b. assure que la signature électronique est permanente et ne peut pas être effacée du document signé;

- c. est accessible de sorte que quiconque a le droit d'avoir accès au document ou d'exiger sa production puisse l'utiliser à des fins de consultation ultérieure.

L'Ontario devrait-il adopter un règlement dans le but de renforcer la fiabilité des signatures électroniques sur des conventions de vente de bien-fonds, et, dans l'affirmative, le texte ci-dessus constitue-t-il un règlement adéquat?

Points de discussion

- La Loi autorise la prise d'un règlement uniquement au sujet du mode de signature électronique. Elle n'autorise pas qu'une exigence soit adoptée afin de créer un système de documents fiables, ou un système de gestion ou de conservation de ces documents.
- Est-il raisonnable que le règlement exige la mise en place d'un mode de signature et d'un système de documents qui soient plus résistants à la fraude ou plus faciles à être vérifiés ou conservés que le système de documents sur papier utilisé à l'heure actuelle?
- À l'heure actuelle, il n'existe pas de méthode reconnue pour identifier les gens ou authentifier leurs déclarations d'identité. Un certain nombre de systèmes peuvent être établis pour des transactions particulières ou entre certaines parties. Il se peut qu'aucun de ces systèmes ne puisse être prescrit par voie de règlement, car aucun ne conviendra à toutes les transactions.
- Les vérifications vont probablement se focaliser sur le document électronique au lieu de la signature électronique elle-même. La signature électronique n'est qu'un des moyens qui peuvent être utilisés pour authentifier la source d'un document électronique. L'authentification d'un document électronique dépend de la fiabilité du système de fichiers électroniques dans lequel il est contenu ou de l'information électronique sous-jacente (métadonnées) qu'il contient. La Loi n'autorise pas la prise d'un règlement sur des systèmes de fichiers électroniques. Le ministère sait qu'il est très difficile en pratique de détruire un document électronique au point qu'il ne puisse pas être rétabli.

- Le pouvoir de prendre des règlements que prévoit la Loi ne s'étend pas à un règlement relatif au mode de signature électronique qui traite de l'accès à des documents signés. Toutefois, la Loi précise que « Les renseignements ou les documents qui se présentent sous forme électronique respectent l'exigence légale portant que des renseignements ou des documents doivent se présenter par écrit s'ils sont accessibles de manière à être utilisables pour consultation ultérieure ».
- Le pouvoir de prendre des règlements que prévoit la Loi ne s'étend pas à un règlement relatif à la conservation de documents signés. Toutefois, la Loi contient au moins deux dispositions pertinentes sur ce point :
 - Si la loi exige la « fourniture » de documents ou de renseignements à une autre personne, les renseignements ou les documents sous une forme électronique doivent être fournis d'une manière qui permet qu'ils soient conservés ou imprimés. Ainsi, ils peuvent être conservés d'une manière hors du contrôle de la personne qui les a fournis et, dans une certaine mesure, ils ne peuvent pas être modifiés ou effacés sans raison valable.

al. 7 (1) c), art. 9 et art. 10.
 - La Loi exige que les documents électroniques soient conservés pendant la même période que celle qui s'applique aux documents écrits. art. 12.
- Il se peut qu'en rendant la validité d'une convention de vente signée sous une forme électronique tributaire de la conformité à ces exigences, on crée une incertitude relative au caractère exécutoire des transactions, qui n'existerait pas sans ce lien de dépendance.
 - Même si l'exigence est formulée aussi clairement que possible, il y a divers aspects qui pourraient être contestés par une personne ayant un intérêt à faire invalider la transaction, comme les créanciers des parties.

- Les dispositions servent essentiellement à renforcer la *Loi relative aux preuves littérales*, car elles sont conçues pour prescrire comment on peut respecter ses exigences légales par la voie électronique. Trois provinces ont abrogé leur *Loi relative aux preuves littérales*, au motif qu'elle était trop restrictive. La Commission de réforme du droit de l'Ontario a recommandé l'abrogation de la règle sur le transfert des biens-fonds contenue dans la *Loi relative aux preuves littérales* en 1987 déjà. (Report on Amendment of the Law of Contract, pp 103 – 109.)
- Le règlement, ainsi que le risque d'invalidité inattendue, aura le plus d'incidence sur les parties à des transactions qui n'ont pas d'agent immobilier ou d'avocat. Les organes de réglementation de ces professionnels peuvent indiquer clairement à leurs membres les aspects qui méritent une attention particulière dans la création de documents électroniques. Ces directives viendront s'ajouter aux règles existantes, certaines provinciales et d'autres fédérales, qui exigent l'identification adéquate des parties et la conservation des documents. (Une grande partie de ces règles s'appliquent également aux institutions financières qui interviennent dans des transactions.) Bien que les parties à une transaction qui ne sont pas représentées au moment de la transaction soient davantage exposées au risque de fraude, elles sont également davantage exposées au risque d'invalidité involontaire, si les exigences réglementaires sont trop lourdes ou ignorées.
- Il pourrait être désirable d'ajouter au projet de règlement une disposition semblable à celle que contient la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques de 2005, autorisant la validité d'une signature électronique qui a été prouvée fiable en fait, même si elle ne respecte pas les règles techniques de fiabilité contenues dans le règlement. Cette règle protégerait des utilisateurs moins bien conseillés contre l'invalidité d'un document pour des motifs techniques, même si l'identité ou l'intention des signataires apparents n'est pas contestée en pratique.
- Il est possible d'effacer une signature électronique – comme il est possible d'effacer ou de découper une signature sur papier – mais dans ce cas, le document de la transaction n'est pas complet. Voir l'analyse ci-dessus relative à la consultation ultérieure et à la conservation des documents. La signature peut constituer un « fichier » distinct du

document signé, pour autant que les deux documents soient logiquement associés et qu'ils ne puissent pas être utilisés l'un sans l'autre.

- Le Barreau a exprimé l'espoir qu'un système de signatures électroniques produise la preuve de la transaction ou l'attribution, qui est indestructible, afin de pouvoir faciliter ses enquêtes et poursuites. Les documents électroniques pourraient procurer un degré plus élevé de certitude que des documents sur papier.
- Y a-t-il un risque que l'exigence d'une signature électronique avec ces critères rende les transactions plus coûteuses au point qu'elle décourage l'utilisation des communications électroniques ou qu'elle aboutisse à un monopole du marché par certains fournisseurs de services?

Nota

Tous les commentaires soumis au ministère seront considérés comme appartenant au domaine public et pourraient être publiés par le ministère ou diffusés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*.

Personne-ressource

Les commentaires doivent être soumis à la Direction de l'élaboration des politiques de justice, ministère du Procureur général, 7^e étage, 720, rue Bay, Toronto (Ontario) M7A 2S9, à l'attention de John D. Gregory, avocat général, ou par courriel à john.d.gregory@ontario.ca. Des questions peuvent lui être adressées par téléphone au 416 326-2503.

Les commentaires doivent être communiqués avant le 31 décembre 2014.

